

Philosophos – Philotheos – Philoponos: Студије и огледи као *χαριστήρια* у част професора Богољуба Шијаковића поводом његових 65 година, приредио Микоња Кнежевић, у сарадњи са Радом Кисићем и Душаном Крцуновићем, Београд: Гномон, Подгорица: Матица српска 2021, 1090–1105.

Владимир Ђурић

Институт за упоредно право, Београд
vdjuric12@gmail.com

Уставни идентитет и идентитет Цркве. Дужност уставне државе да призна Цркву као услов поретка слободe и владавине права

Сажетак: У овом раду аутор анализира однос између уставног идентитета државе и идентитета Црква и верских заједница. Закључак је да из уставног идентитета као неповредивог језгра садржине устава следи обавеза државе да призна правни идентитет Цркве који проистиче из њеног верског идентитета и аутономије која почива на слободи вероисповести. У раду се посебно разматра допринос проф. Шијаковића разумевању односа између државе и Цркве.

Кључне речи: уставни идентитет, идентитет Цркве, аутономија, самоодређење, дужност признања Цркве

Увод

Идентитет је филозофска категорија, али и појам који се користи у психологији, математици, друштвеним наукама. Најшире посматрано, идентитет подразумева подударност, једнакост, истоветност, али и индивидуалност, персоналитет, самосвојност. Уколико се тако схвати, идентитет заправо има два значења – дијахроно, под којим се разуме „трајност кроз време“, односно континуитет, и синхроно, које подразумева одвојену и аутономну индивидуалност.¹ Иако су два аспекта појма идентитет различита, реч је о две стране истог новчића, о лицу и наличју истог појма. Идентитет је и правна категорија, како због тога што сваки правни поредак има свој идентитет, тако и због тога што се нормативност права, бар оног које је по мери човека, између осталог, заснива и на неопходности поштовања различитих идентитета. На страницама које следе ће бити доказано како из уставног идентитета савремене државе која почива на владавини права следи њена обавеза да призна идентитет Цркве као посебне друштвене категорије.

1 M. Beller, J. Leerssen, *Imagology: The Cultural Construction And Literary Representation Of National Characters: A Critical Survey*, Rodopi Publishers, Amsterdam/New York, 2007. p. 335- 342.

Уставни идентитет

Разматрање питања идентитета политичке заједнице у политичкој филозофији има своје дубоке историјске корене. Још је Аристотел у својој *Полицији* поставио питање према ком начелу се може утврдити и рећи да је једна политичка заједница (полис-држава) задржала, или обрнуто, да је изгубила свој идентитет.² Несумњиво је да је током историје идентитет политичких заједница мењан. Заправо, историја политичке заједнице институционализована у државу кретала се у широком луку од њеног (само)одређења као суверене, апсолутне, тачније независне и ничим ограничене власти која потиче од Бога, преко заједнице која има исти национални идентитет и у којој је нација као историјска категорија која дели исти етнички идентитет носилац највише власти, до схватања према коме *demos* као скуп грађана са једнаким правима и носилац суверености, тачније највише власти, конституише заједницу уставом као актом којим се позитивира друштвени уговор и истовремено та највиша власт ограничава. Током таквог историјског развоја идентитет временом постаје и правна категорија и то не само у теоријскоправном смислу, већ и као категорија позитивног права. Позитивно право многих држава уређује различите аспекте идентитета, како индивидуалног, тако и групног, док, у контексту европских интеграција, категорија позитивног права постају и национални и уставни идентитет држава. Дакле, у савремено доба у правној науци, нарочито конституционалистичкој, национални идентитет држава као правна категорија побуђује посебну пажњу у контексту европских интеграција, док уставни идентитет у фокус интересовања долази након чувене одлуке немачког Савезног уставног суда о Лисабонском уговору,³ иако је још пре Другог светског рата Карл Шмит писао о уставном идентитету, истакавши да се овлашћење за промену устава (под чим је разумевао делимичну промену устава) може вршити само под претпоставком да су *идентитет* и *континуитет* *устав*а као целине очувани.⁴

Мастрихтски споразум је у члану Ф предвиђао да Унија поштује националне идентитете својих држава чланица. Чланом 6 ст. 1 и 3 Амстердамског споразума предвиђено је да је Унија заснована на принципима заједничким државама чланицама, принципима слободe, демократије, поштовања људских права и основних слобода и владавине права, као и да ће Унија поштовати националне идентитете својих држава чланица. Лисабонски уговор је довео до промене уговорне одредбе којом је предвиђено поштовање националних идентитета. Чланом 4 ст. 2 Уговора предвиђено је да ће Унија поштовати једнакост држава пред уговорима, као и њихове *националне идентитете* *инхерентне њиховим основним структурама, политичким и уставним*, укључујући регионалну и локалну самоуправу. Иако *prima facie* истоветне, изложене одредбе се ипак садржински разликују, јер се у Лисабонском споразуму, у мери у којој се он усредсређује на државне структуре, може уочити промена у фокусу са националног идентитета као таквог на

2 Аристотел, *Полиција*, Бигз, Београд 2003, стр.62

3 BVerfG 30 June 2009, 2 BvE 2/08

4 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham and London, 2008, 150.

уставни идентитет. Разуме се да уставни идентитет није у свему лишен компоненти националног идентитета, односно јасно је да и уставни идентитет може да садржи националну димензију, јер су структуре многих уставних аранжмана суштински израз културних феномена.

Било како било, уврштавање националног и уставног идентитета у позитивноправне акте примарног права ЕУ наметнуло је потребу јаснијег тумачења значења тих појмова. У старијој литератури национални идентитет се везивао за националне карактеристике, за заједничке менталне предиспозиције индивидуа које припадају истом народу, што се у крајњој линији није сводило на њихово заједничко припадање држави, већ на њихове заједничке обичаје, религију, традицију и културу. У модерној литератури, у историографској, културолошкој и политиколошкој научној анализи, концепт националног идентитета се не односи на објективне, емпиријски мерљиве карактеристике, већ на субјективне перцепције и осећаје, на слике, наративе и конструкције са којима се индивидуе идентификују. Другим речима, националност није питање идентитета, већ *идентификације*.⁵ У политиколошком смислу, ако се нација одређена као *demos*, а не као *ethnos*, схвати као доносилац устава, онда се концепт националног идентитета везује за и трансформише у концепт *уставног идентитета*.

У споменутој одлуци немачког Савезног уставног суда уставни идентитет се одређује као неповредиво језгро садржине устава,⁶ односно као фундаментална обавеза уставног поретка која је била од централне важности за национално саморазумевање једног *demos-a*. У појединим радовима истиче се шири приступ према коме устав стиче свој идентитет кроз искуство, тако да његов идентитет није (само) суштина уграђена у културу једног друштва, већ се уставни идентитет појављује дијалогски и представља мешавину политичких аспирација и обавеза које су карактеристичне за прошлост једне нације, као и одређивање оних у друштву који теже да ту прошлост, на изванредан начин, превазиђу.⁷ У суштини таквог приступа лежи заправо већ истакнута дихотомија оличена у два аспекта сваког идентитета – континуитету и откривању, односно проналажењу и самоизбору сопствене суштине. Континуитет подразумева прескрипцију, а колективна сећања која постоје као део културног персоналитета једне нације чине језгро уставног идентитета, који се не установљава деловањем апстрактног мишљења, већ се развија временом еволуирајући упоредо са навикама и искуствима политичке заједнице. Са друге стране, откривање, односно проналажење као елемент уставног идентитета подразумева да је оно што је установљено истовремено и променљиво. У том смислу, уставни идентитет је како откривен, тако и осмишљен.⁸

Ако се сагледа изложени, макар и летимичан преглед развитка схватања о идентитету политичке заједнице, онда се јасно може доћи до закључка да је у

5 J. Leerssen, *National Thought in Europe. A Cultural History*, AUP, Amsterdam 2006, p. 230.

6 BVerfG 30 June 2009, 2 BvE 2/08, par.240

7 J.G. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, *The Review of Politics*, Vol.68/2006, p. 363

8 *Ibid.* 372-375

његовом креирању и одржавању религија, бар у појединим историјским епохама, као један од значајних чинилаца, играла важну, ако не и пресудну улогу. И то не само у време важења теократске теорије о суверености државне власти, већ и у оном сегменту савременог појма уставног идентитета који је оличен у континуитету, тачније према којем континуитет, као део културног персоналитета једне нације, чини језгро уставног идентитета, а што је видљиво у низу карактеристика савремених устава многих држава, почевши од преамбуларних одређења мотива за њихово доношење, преко уставних дефиниција држава, па све до уставних норми о државним обележјима и празницима.⁹ Но, чак и када би се устав схватио у најапстрактнијем смислу као акт самоодређења правног поретка и онтолошког јединства друштва, државе и права, а из уставног идентитета искључио континуитет и тај идентитет у контексту савремене државе свео искључиво на неповредиву владавину права и демократски политички поредак заснован на грађанској суверености, чак и тада би религија била значајан чинилац идентитета сваке политичке заједнице. Наиме, не само да религија има свој дубљи и шири друштвени контекст, не само да утиче на друштвени систем, на културу и цивилизације и да надживљава друштвено-економске системе, због чега се може истаћи да је јавни чинилац и део јавне сфере, то јест да је чинилац који формира јавни идентитет у Европи, као и свуда у свету,¹⁰ већ је она утемељена у ономе што према либералној мисли суштински претходи владавини права и политичком поретку демократије, чак и самој држави као институционализованој заједници, а што је у савремено доба, посредством међународноправних јемстава, а у појединим случајевима и посредством забрана промена устава, изузето из суверене уставотворне власти држава и спада у неповредиво језгро садржине устава. Реч је о основним правима човека међу којима је слобода вероисповести једно од најважнијих личних права.

Слобода вероисповести

Слобода вероисповести представља једну од основних људских слобода. У систематици људских права и слобода, она спада у лична права и слободе. Будући да спада у лична права и слободе, заправо права и слободе испољавања личности,¹¹ слобода вероисповести била је веома рано прокламована у правним актима којима су гарантована људска права и слободе и, у том смислу, припада првој генерацији људских права и слобода. Данас је у већини држава уставом потврђена слобода вероисповести, па и у оним државама у којима постоји режим државне религије, али у којима се грађанима признаје право да припадају или не припадају државној религији.¹²

9 Више о томе у раду В.Ђурић, Религија и уставни идентитет, *Зборник радова са међународне научне конференције одржане на Факултету политичких наука у Београду поводом десетогодишњице издавања часописа Политикологија религије*, Центар за проучавање религије и верску толеранцију Универзитет у Београду – Факултет политичких наука, Београд, 2017.

10 G. Robbers, *Legal Aspects of Religious Freedom*, Opening Lecture, *International Conference Legal Aspects of Religious Freedom*, Ljubljana, 2008.p.11

11 П. Николић, *Уставно право*, Београд 1994. стр. 159.

12 Д. Стојановић, *Уставно право књ.1*. Свен, Ниш 2003, 395.

Слобода вероисповести садржана је и у низу међународних докумената посвећених људским правима. У периоду од доношења Универзалне декларације о правима човека 1948, односно од почетка интернационализације људских права и слобода, до Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000, шири се садржај слободе вероисповести. Чланом 18 Универзалне декларације предвиђено је да слобода вероисповести укључује промену вере или убеђења, као и јавно и приватно манифестовање вере путем наставе, вршења култа и обављања обреда. Потпунија формулација налази се у члану 18 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. У том се члану истиче да свако лице има право на слободу мисли, савести и вероисповести што подразумева слободу исповедања и примања вере или убеђења по свом нахођењу, као и слободу да се вера или убеђење испољава појединачно или заједно са другима, како јавно, тако и приватно, кроз култ, вршења верских и ритуалних обреда и веронауку. Истим чланом предвиђено је да нико не може бити предмет принуде којом би се кршила слобода његовог исповедања или примања вере или убеђења по његовом нахођењу. Слобода испољавања вере или убеђења може према Пакту бити предмет само оних ограничења која предвиђа закон а која су нужна ради заштите јавне безбедности, реда, здравља или морала, или пак основних права и слобода других лица. Државе-чланице Пакта обавезале су се да поштују слободу родитеља, односно законитих старатеља, да обезбеде својој деци оно верско и морално образовање које је у складу са њиховим сопственим убеђењима.

У Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима сви кључни аспекти слободе мисли, савести и вероисповести или уверења могу се наћи у три одвојене одредбе. Прво и најважније, члан 9 прописује да свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести што укључује слободу промене вере или уверења и слободу човека да, било сам, или заједно с другима, јавно или приватно, испољава веру или уверење молитвом, проповедима, обичајима и обредом. Слобода исповедања вере или убеђења може, према Конвенцији, бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Члан 2 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о људским правима у контексту права на образовање прописује да нико не може бити лишен права на образовање и да, у вршењу свих својих функција у области образовања и наставе, државе поштују право родитеља да обезбеде образовање и наставу који су у складу с њиховим верским и филозофским уверењима. Вероисповест се у Конвенцији помиње у још једном контексту. У члану 14 Конвенције изричито се помињу верска уверења као пример забрањеног основа за дискриминаторно поступање. Тим чланом је предвиђено да се уживање права и слобода предвиђених Конвенцијом обезбеђује без дискриминације по било ком основу, од којих је вероисповест један од наведених примера. Ширење садржаја слободе вероисповести вршено је и државним уставима тако да у вези са слободом вероисповести неки уставни садрже и посебна права, на пример, право да се одбије војна служба са оружјем и пра-

во родитеља да деци осигурају наставу у складу са својим верским убеђењима.¹³ Несумњиво је тачно да је у суштини слободе вероисповести право индивидуе да верује, да има и мења своја уверења, па чак и да самостално, у складу са својим веровањем, обавља обреде. Та димензија слободе вероисповести често се означава као *forum internum*. У основи, члан 9 Европске конвенције јамчи развој, усавршавање и промену мисли, савести и вероисповести сваког појединца. Пажљивим читањем текста Конвенције уочава се да су право на поседовање и право на промену идеја апсолутна права, док став 2 прописује да само „слобода исповедања вере или убеђења“ може бити подвргнута ограничењима националног права у посебним околностима. Сигурно је да појединцу мора бити омогућено да напусти неку вероисповест или заједницу. Према томе, из текста јасно следи да слобода мисли, савести и вероисповести која не обухвата испољавање вере или уверења не може бити предмет државног мешања.¹⁴

Слобода вероисповести, као што се то и из изложених одредби међународних уговора може закључити, није, међутим, искључиво индивидуално право које би уживао само појединац. Често се слобода вероисповести погрешно своди на ту индивидуалну компоненту.¹⁵ Према карактеру субјеката који је уживају и начину уживања, слобода вероисповести је индивидуално право, али и право које се ужива у заједници са другима.¹⁶ Заправо, слобода вероисповести подразумева и институционалну верску слободу коју понекад теорија чак назива корпоративна слобода.¹⁷ Једноставно речено, слобода вероисповести обухвата две ствари: слободу јавног исповедања и вршења вере, са једне стране, и слободу стварања вероисповедних удружења, са друге стране.¹⁸ Корпоративна слобода вероисповести није проста агрегација индивидуалних интереса чланова, није тоталитет индивидуалних слобода, већ је сет права, имунитета, привилегија и надлежности религиозних удружења и у том смислу представља слободу заједнице људи који деле исту веру да се организују и уреде корпоративни живот у складу са својим етичким и верским правилима.¹⁹

Испољавање слободе вероисповести у заједници са другима води аутономном егзистирању Цркава и верских заједница и правни је основ деловања и образовања Цркава и верских заједница. Европски суд за људска права стоји на становишту да се члан 9 Конвенције који гарантује слободу вероисповести мора тумачити и у контексту члана 11 Конвенције који гарантује слободу удруживања и штити удружења од неоправданог мешања државе *јер верске заједни-*

¹³ *Ibid*

¹⁴ Џ.Мурдок, *Слобода мисли, савести и вероисповести*, Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима, Београд 2008. стр.24

¹⁵ С.Аврамовић, *Црква и држава у савременом праву*, Прилогу наситанку државно-црквеној праву у Србији, Београд 2007. стр. 98

¹⁶ В.Димитријевић, М.Пауновић, *Људска права*, Београд, 1997.стр.176

¹⁷ С.Аврамовић, *Црква и држава у савременом праву*, н.м.

¹⁸ С.Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца*, Београд 1995,стр.509.

¹⁹ L. Bloß, *European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process*, *Jean Monnet Working Paper* 13/03,p.28

це традиционално постоје у виду организованих структура. У тој перспективи, према схватању Суда, право верника на слободу вероисповести, које обухвата и право на испољавање вере у заједници са другима, обухвата и очекивање да ће им бити допуштено да се удружују слободно, без произвољног мешања државе,²⁰ а право верских заједница на аутономно постојање је у самом средишту гарантовања слободе вероисповести.²¹ Ако је право Цркава и верских заједница на аутономно постојање у самом средишту слободе вероисповести, онда је јасно да централна питања у вези с остваривањем колективне и корпоративне димензије слободе вероисповести постају питања шта чини такву аутономију и какав је однос државе и њеног устава спрам такве аутономије.

Аутономија и аутономно право Цркава и верских заједница

Аутономија Цркава и верских заједница може да буде, у ширем смислу, сагледа-на као троструки концепт – као скуп правних односа, када је посредни формални концепт црквене аутономије, као морално-политичко оправдање одређених правних односа, када је реч о нормативном концепту црквене аутономије, и као својеврсни стандард, односно мерило таквих односа, када се заправо ради о доктринарном концепту црквене аутономије.²² Под аутономијом Цркава и верских заједница у ужем или формалном смислу, може да се подразумева право верских организација да одлучују и управљају својим унутрашњим верским пословима, без ометања од стране институција јавне власти.²³

Шта чини садржину аутономије Цркава и верских заједница? У литератури се, у најширем смислу, истиче да је верска аутономија од виталног значаја јер дозвољава верским организацијама да дефинишу специјалну мисију, да одреде како свештенство и црквене власти испуњавају њихову мисију, као и да одреде природу и степен институционалне интеракције са ширим друштвом.²⁴ У радovima посвећеним појму аутономије, указује се да се верска аутономија данас огледа у изузимању црквених особа из надлежности државних судова и њиховом стављању под јурисдикцију црквених органа, у учешћу црквених представника у такозваним мешовитим судовима који решавају спорове између црквених и световних лица, као и у интеграцији са световним правом поводом регулација неких односа међу мирјанима (брак, дела против службеног морала, лажно сведочење, итд). Посебно се указује да израз верске аутономије представља и црквено право.²⁵ У делу домаћих радова посвећених државном црквеном праву сматра се да у основна права која Цркве и верске заједнице имају на основу аутономије спа-

²⁰ *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, бр. 45701/99 ст.118

²¹ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria* бр. 40825/98 ст. 78-79; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* бр.30985/96 ст.49

²² R.R.Garet, „Three Concepts of Church Autonomy“, *Brigham Young University Law Review*, 12/1/2004, 1352-1358

²³ C.Durham, „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View“, in G.Robbars (ed.), *Church Autonomy: A Comparative Survey*, 2001.687

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Д.Митровић, „Аутономија као појам и облик, О смислу, врстама и домаћим аутономијама“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол.51/3-4/2003, 430

дају: право на самоодређење, односно право да буде призната не само историјска већ и есхатолошка димензија Цркве, право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално и слободно обављају своје унутрашње и јавне послове, право да буду носиоци и генератори правног субјективитета, односно да својим организационим јединицама и установама дају и укидају својство правног лица, јесмство државе да неће ометати примену аутономне правне регулативе Цркава и верских заједница, право да своју културу и своја духовна искуства преносе и шире преко јавног медијског сервиса, као и кроз образовни систем, односно право да организују и изводе наставу веронауке и право да самостално управљају својом имовином и новчаним средствима, у складу са сопственим аутономним прописима.²⁶ Са друге стране, у радovima посвећеним црквеном праву јасно се истиче да у Цркви постоје две аутономије: спољашња, коју Црква има у односу према држави, и унутрашња, која је у самој Цркви, у њеном унутрашњем организовању и функционисању.²⁷

Управо је питање утврђивања природе и степена институционалне интеракције Цркава и верских заједница са ширим друштвом, нарочито у смислу могућности да оне својим актима одреде природу и степен те интеракције, једно од суштинских теоријскоправних питања и изазова позитивноправног уређивања односа између државе и Цркава и верских заједница. За одговор на то питање би требало најпре размотрити могуће видове односа између државе и Цркава и верских заједница.

Однос између државе и Цркава и верских заједница – дужност уставне државе да призна Цркве и верске заједнице

У многим државама света постоје и делују Цркве и верске заједнице које су, историјски посматрано, старије од тих држава и које су дале немерљив допринос настанку тих држава и, као такве, несумњиво су део њиховог идентитета схваћеног у смислу континуитета. Такав однос између тих држава и таквих Цркава и верских заједница опредељен је најчешће кроз модел државне Цркве и/или преовлађујуће вере који је конституционализован у одговарајућим уставним актима тих држава.

С друге стране, будући да су смисао и циљеви постојања и деловања државе и Цркава и верских заједница различити, многе државе су својим уставним актима определиле своју неутралност у питањима вере и одредиле одвојеност државе и Цркава и верских заједница, било да су такву одвојеност нормирале као стриктну, одређујући себе као секуларне државе, било да су се определиле за модел кооперативне одвојености. У теоријским поимањима односа између верски неутралне, па и секуларне државе, и Цркава и верских заједница може се стати на становиште да државе и Цркве и верске заједнице (по)стоје једне наспрам других, као два вида међусобно одвојених правних субјеката са властитом правном

²⁶ М.Радуловић, *Однова српској државно-црквеној йрава*, Београд 2009. 118

²⁷ „Ако погледамо како функционише Православна црква, уочићемо да су епархије аутономне у односу према Патријаршији, као што су и манастира аутономни у одређеном домену у односу на епархију...Сваки се управља самостално на основу канона у оквиру своје надлежности...“ - Д.Перић, *Црквено йраво*, Београд 2006.,155.

влашћу, које делују у свом независном правном поретку. У том смислу, у старијој правној теорији, нарочито немачкој, с правом се поставило питање да ли при таквом поимању односа између државе и Цркава и верских заједница уопште постоји могућност државног правног регулисања односа између тих ентитета. Наиме, сматрало се да су религија и Цркве појаве које, као такве, не дугују своје постојање ни уставу ни државном закону и да стога морају бити означене као конститутивно трансцендентне. У том смислу, држало се да између Цркава и верских заједница и државе постоји својеврсна једнакост која искључује могућност једностраног заповедништва државе над Црквама и верским заједницама. Другим речима, такав приступ, означен као строга теорија координације, ускраћивао је вршење суверених права државе у погледу регулисања положаја Цркава и верских заједница. У савремено доба теорија координације је напуштена. Наиме, иако су религија и Цркве заиста појаве које, као такве, не дугују своје постојање ни уставу ни државном закону и које стога морају бити означене као конститутивно трансцендентне, ипак се сматра да религиозно, црквено везано, људско биће као грађанин, а Црква, тачније верска заједница као заједница људских живота у друштву, стоје под ауторитетом устава, докле год то легитимно утврђују његове одредбе. Стога, радикални концепт координације, схваћен као правна једнакост без могућности једностраног заповедништва државе, није тачно тумачење овог основног односа, посебно не ако се њиме противречи сувереним моћима државе. Напротив, сматра се да држава и Црква не живе у претпостављеном односу координације већ да живе заједно подређене уставу, а устав је тај који омогућава координативну правну структуру и упућује на кооперацију.²⁸ Но, ни у тој матрици уставно регулисање положаја Цркава и верских заједница није потпуно самостално. Устав и правни поредак верски неутралних и секуларних држава уважавају аутономију Цркава и верских заједница.

Аутономија Цркава и верских заједница, као што је истакнуто, резултат је посебног статуса који у друштву и држави имају верске установе и организације, било да је реч о режиму државне Цркве, признате Цркве, или о систему одвојености државе и Цркве.²⁹ Тај посебан статус који узрокује аутономни положај Цркава и верских заједница може да буде изричито прокламован уставом одређене државе, а уколико то није, аутономија Цркава и верских заједница проистиче из уставног начела о одвојености државе и Цркава и верских заједница. Дакле, аутономија Цркава и верских заједница најчешће је изричита или имплицитна *уставна категорија*. Она је нераскидиво повезана и са слободом вероисповести, па се у том смислу у литератури истиче да у сваком случају заштита права Цркава и верских заједница на аутономију, нарочито у структурисању њихових верских послова, лежи у самој сржи слободе вероисповести.³⁰ Другим речима, уставна држава чији је смисао и циљ поредак слободе у којем се јемчи и остварује досто-

²⁸ A. Hollerbach, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.S. 266

²⁹ Д.Митровић (2003.), 430

³⁰ С.Дурхам, 683

јанство, управо полазећи од нужности поштовања основних права у које спада и слобода вероисповести, у обавези је да поштује аутономију Цркава и верских заједница, тачније, дужна је да призна Цркву! Но, из дужности уставне државе да призна Цркву, која (дужност) је заснована на поштовању слободе вероисповести, не може се са сигурношћу утврдити и обим у којем та дужност државе постоји. Није ли тачно и, полазећи од старог правила да границе слободе и аутономије леже у слободама и правима других, једино могуће и прихватљиво да уставна држава призна Цркву искључиво у њеном *верском идентитету*? Другим речима, да ли и, ако јесте, у којој мери и на који начин дужност уставне државе која је верски неутрална да призна Цркву обухвата и поштовање права Цркве да утврди природу и степен своје институционалне интеракције са ширим друштвом? То се питање заправо своди на дилему о домашају самоодређења Цркве у верски неутралној уставној држави о чему је, као и у случају других отворених теоријско-правних питања у вези с односом између државе и Цркве, највише и најплодоносније расправљано у немачкој правној науци и уставној судској јуриспруденцији.

Немачки теоретичари истичу да, заједно са слободом вероисповести и одвојеношћу државе и Цркве, признавање права на самоодређење Црквама и верским заједницама представља „трећу колону“ уставног уређења система државно-црквених односа.³¹ Заправо, слобода вероисповести и одвојеност државе и Цркве, узети заједно, конституишу оно што се у теорији³² и у јуриспруденцији немачког Савезног уставног суда³³ означава појмом државне неутралности која, уз начела толеранције и паритета, чини једно од основних начела немачког државног црквеног права. Неутралност значи и немешање у унутрашње послове верске заједнице. Све верске заједнице уживају веома широко самоопредељење или аутономију, тачније, кроз право на самоопредељење (самоодређење), потпуну слободу од надзора и туторства државе.³⁴ Стога, закључују поједини немачки аутори, неутралност државе значи, више него било шта друго, да држави није дозвољено да интервенише у стварима Цркава и верских заједница.³⁵ Како теорија, тако и јуриспруденција Савезног уставног суда у тој држави, стоје на становишту да аутономија Цркава и верских заједница не зависи од њиховог организационог статуса, односно од тога којој врсти верских организација припадају.³⁶

Савезни уставни суд СР Немачке изјаснио се у појединим одлукама о томе шта чини аутономију Цркава и верских заједница. Према схватању тог Суда, „гарантија права (цркава и верских заједница – прим. В.Ђ.) да организују и руководе самостално својим стварима је неопходна, али правно независна гаранција,

³¹ A.F.Campenhausen, „Church Autonomy in Germany“, in G.Robbers (ed.), (2001.), 77

³² S.Korioth, I.Augsberg, „Religion and Secular State in Germany“, *Religion and the Secular State, Interim National Reports issued for the occasion of The XVIIIth International Congress of Comparative Law, Washington, 2010.*, 323

³³ BVerfGE 12, 1, 4; BVerfGE 19, 206, 216

³⁴ A.F.Campenhausen (2001.), 77

³⁵ G.Robbers, „State and Church in Germany“, in G.Robbers (ed.), *State and Church in the European Union, 2005.*, 80

³⁶ Да ли су правна лица јавног права, или спадају у неку другу категорију - BVerfGE 30, 415 (428)

која слободи верског живота и рада Цркава и верских заједница додаје слободу организовања, законодавства (нормирања) и администрације, што је императив да би се испунили ови задаци.³⁷ Савезни уставни суд је заправо истакао да између гарантоване верске слободе (слободе вероисповести) и права на самоопредељење и самоуправу постоји суштинска унутрашња веза, тако да интервенција у право Цркве на самоопредељење представља повреду основног права на верску слободу.³⁸

У теорији се за појмове „уређење“ и „управљање“ сопственим пословима Цркава и верских заједница истиче да би их требало широко схватити и да они обухватају све – од вођења Цркве до уређења њене организације.³⁹ Штавише, аутономија као властита надлежност обухвата не само уређивање и управљање, већ и право да се властити послови обављају и судским путем, укључујући и потребно процесно право. Иначе, примена самосталног законодавства у области сопствених послова је по свом правном квалитету делимично самостална а делимично аутономна, па се у теорији, у том смислу, говори о самосталности Цркава и верских заједница у обављању духовних задатака који ни на који начин нису изведени из државе, за разлику од аутономије коју даје држава и аутономног права које постоји уколико законодавство Цркава и верских заједница производи норме делотворне у световном праву.⁴⁰ Данас постоји сагласност о разграничењу послова и томе шта спада у искључиво црквене, искључиво државне и у заједничке послове. Међутим, важно је истаћи да се о томе шта спада у сопствене послове Цркве у СР Немачкој не одлучује дискреционо – Савезни уставни суд стоји на становишту да се о разграничењу одлучује према томе шта се према природи ствари, или одређеној намени, материјално сматра сопственим послом Цркава.⁴¹ Касније је Суд донекле модификовао изложено гледиште, узимајући у обзир везу између слободе вероисповести и права на самоопредељење, утврдивши да се под „уређивањем“ и „управљањем“ сматра право Цркава да све своје послове правно обликују у складу са црквеним аспектом уређења, односно на основу црквене самоспознаје,⁴² што значи да се та јурисдикција не односи само на црквене институције већ и на правно самосталне установе које по налогу Цркве обављају социјалне и добротворне задатке. У област сопствених послова, што је делимично потврђено и у јуриспруденцији Уставног суда, спадају: учење и верски обреди, црквено устројство, територијална организација,⁴³ чланство у верској организацији,⁴⁴ уређивање права трећих лица на приступ верским институцијама,⁴⁵ итд. Другим речима,

37 BVerfGE 53, 366 (401), BVerfGE 72, 278 (289)

38 BVerfGE 70, 138 (160) - У пракси, у образложењу се Савезни уставни суд не ограничава на проверу основних права, већ укључује ceo устав, dakle и чл. 140 ОЗ у вези са чл. 137 Вајмарског устава - BVerfGE 46, 73 (85).

39 A.F.Campenhausen (2001.), 79; A. V. Campenhausen, H. De Wall, *Staatskirchenrecht*, 2006., 101

40 *Ibid.*

41 BVerfGE 18, 385 (387)

42 BVerfGE 66,1 (19)

43 BVerfGE 18, 385 (388)

44 BVerfGE 30, 422

45 BVerfGE 57,220 (243)

у сопствене послове спада све што представља задатак и мисију Цркве према њеном саморазумевању, а што неминовно има ефекта и у области државног права.⁴⁶

Самоопредељење Цркве није нити може да буде апсолутно и оно у СР Немачкој има границу „у закону који важи за све“. Шта се може сматрати „законом који важи за све“ тешко је унапред и коначно утврдити једном општом формулом.⁴⁷ Савезни уставни суд је тим поводом у досадашњој јуриспруденцији заузео различита становишта. Првобитно схватање Суда било је оличено у „теорији сфере“.⁴⁸ Суд је наике сматрао да црквено самоопредељење није ограничено законом који важи за све у случају интерних црквених мера које немају непосредно правно дејство у световном правном подручју, односно да држава не може да ограничава аутономију у тој сфери и обрнуто, да су Цркве и верске заједнице везане за сваки општи закон, уколико нека црквена мера излази из оквира друховног подручја и има дејство у световној правној, или друштвеној области.⁴⁹ Такво резоновање носило је у себи и извесне тешкоће, јер је веома сложено, можда и немогуће, да се јасно разграниче две сфере. У том смислу, у теорији се истицало да чак и једна ситуација која се на први поглед може сврстати у интерне црквене мере може да имплицира државни интерес.⁵⁰ Нешто другачији приступ чинила је „клаузула свакога“, према којој су закони који важе за све заправо закони који за Цркве и верске заједнице имају исти значај као и за сваког другог и не погађају Цркву више него остале субјекте.⁵¹ Међутим, ни такав приступ није добар, јер постоји мноштво закона који су од већег значаја за Цркве и верске заједнице него што су то за друге субјекте.⁵² Савезни уставни суд се напослетку окренуо нешто измењеном првобитном приступу, или „теорији балансирања“, према којој се одобрава да се општим законима ограничава црквена аутономија, али само ако су закони неопходни да гарантују „уверљиве захтеве“ мирољубиве коезистенције у друштву које је религиозно неутрално и поштује слободу верских заједница. Конкурентски интереси Цркве и државе морају бити пажљиво избалансирани, и, ако је могуће, морају да буду оптимални за обе стране.⁵³

Дакле, судећи на основу изложеног кратког приказа теоријских схватања и уставносудске јуриспруденције у СР Немачкој, јасно је да дужност уставне државе да призна Цркву подразумева и признавање самоопредељења Цркве које

46 K.Hesse, *Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.S. 521-559

47 Додуше, таквих је покушаја у немачкој правној науци било. Тако је Хекел понудио дефиницију према којој је „закон који важи за све“ заправо закон који, са тачке гледишта читаве нације, мора да буде признат као неопходно ограничење црквене слободе - J. Heckel, *Das für alle geltende Gesetz*, S.590, наведено према A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006), 105

48 G. Robbers, *Religious Freedom in Germany*, *Brigham Young University Law Review*, 25/2001., 643; A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

49 BVerfGE 18, 385 (387), A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

50 Robbers (2001.), 643

51 *Ibid.* A. V. Campenhausen, H. De Wall (2006.), 110.

52 *Ibid.*

53 BVerfGE 53, 366 (501) - видети коменетар у A. Hollerbach, „Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II)“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 106/1981., 244

се не своди искључиво на саморазумевање њеног верског идентитета и управљање и руковођење сопственим пословима, већ је шире, и обухвата могућност, макар и кроз балансирање различитих права и интереса, да Црква, посредством тог самоодређења, утиче на утврђивање природе и степена своје институционалне интеракције са ширим друштвом!

Допринос проф. Шијаковића схватању односа између државе и Цркве

У домаћој науци, све до радова проф. Шијаковића, није било значајнијих и теоријски продубљенијих анализа односа између државе и Црква и верских заједница. Имјући у виду јубилеј поводом кога се објављује овај Зборник и чињеницу да је овај рад управо инспирисан схватањима проф. Шијаковића која су били подстицај за даља истраживања, а којима је он дао значајан допринос и домаћој правној науци, нарочито оном њеном делу који се означава као наука државног црквеног права, требало би укратко указати на његово поимање односа између државе и Цркве.

Проф. Шијаковић је први од домаћих аутора који је јасно истакао став да између права Цркве на самоодређење и дужности државе да је призна постоји суштинска узрочно-последична веза.⁵⁴ Наиме, према проф. Шијаковићу, „постоји очигледан међусобна зависност и утицај између темељног права на слободу вероисповести и права Црква и верских заједница на самоодређење“ под којим (тим правом) он разуме право Црква и верских заједница да „самостално одређују свој идентитет и уређују своју унутрашњу организацију, вршење верских обреда и других верских послова“. Средишњи моменат правног односа државе и Цркве, према схватању проф. Шијаковића, требало би да нагласи једну, са аспекта Цркве, важну ствар, а то је: шта значи признати Цркву. И управо кроз призму одговора на изложено питање проф. Шијаковић даје значајан допринос домаћој науци државног црквеног права. Наиме, проф. Шијаковић истиче да признавање Цркве од стране државе уопште не значи признати еклисиолошки утемељен идентитет Цркве, јер признала је држава или не, Црква у свом идентитету, у својој пуноћи, постоји независно од таквог признања. Другим речима, држава не би требало, а додајмо томе да, ако је реч о уставној држави заснованој на поштовању слободе и владавине права, нити би могла нити би смела да признаје Цркву у смислу успостављања њеног идентитета, већ би требало да јемчи и штити права која Црква има са таквим идентитетом какав има. Речима проф. Шијаковића, када је Црква у питању, држава не производи онтолошки, већ правни реалитет. Правно признати Цркву, закључује проф. Шијаковић, значи систем обавеза у односу на Цркву и њен идентитет којих држава мора да се прихвати, а које проистичу из права да се верује, које нужно рађа обавезу државе према онима који верују.

Проф. Шијаковић у свом раду указује и на ограничења која сваки законодавац има у области уређивања односа између државе и Цркве, јер управо у тој

⁵⁴ Б.Шијаковић, Дужност државе да призна цркву и њено право на самоодређење, *Зборник радова са Међународној научној скупи „Правни положај црква и вјерских заједница у Црној Гори данас“ одржаној у Бару 23-25.маја 2008*, Bona Fides, Никшић, 2009, стр.38-43

сфери нормативне делатности није све допустиво и само по себи прихватљиво. Напротив, управо полазећи од изложеног, логички утемељеног и концепцијски доследно изведеног схватања односа између државе и Цркве, који подразумева дужност државе да призна Цркву, проф. Шијаковић указује да закон не би требало, нити би смео да производи идентитет институционалних верских заједница, већ је дужан да призна идентитет ових заједница утемељен на њиховом аутономном праву. Имајући у виду да је рад проф. Шијаковића на који се на овом месту указује настао у време када у његовој родној Црној Гори није постојао закон којим би био уређен начин остваривања слободе вероисповести и правни положај Црква и верских заједница, па чак није ни постојала добра воља да се такав закон донесе, а да су се у међувремену прилике промениле и да је донесен Закон о слободи вјероисповијести и правном положају вјерских заједница који је с правом критикован у широј јавности и који је изазвао величанствене протесте и литије верујућег народа у Црној Гори управо због тога што је једна од његових основних карактеристика да дискриминаторно не признаје канонски успостављену Православну Цркву у Црној Гори, ваљало би на овом месту указати и на још један сегмент чланка проф. Шијаковића на који се позивамо, а који има изузетан морално-филозофски квалитет и који је у времену које му је уследило у потпуности потврђен у професоровој родној Црној Гори. Наиме, проф. Шијаковић у наведеном раду истиче да је могућност истинске кооперације државе и Цркве отворена у оној мери у којој се у држави остварује правда. Међутим, како то проф. Шијаковић истиче, тамо где је држава обоготворена и митологизована, где наступа као структура самоволне и самодоволне моћи, неминовно настаје сукоб између државе и Цркве, и то не због тога што то жели Црква, већ због тога што је одбијање да се прихвати обоготворење државе и да се држава идолопоклонички поштује и слави у суштини противљење тоталитарној држави и залагање за слободу. Све што се у професоровој родној Црној Гори догодило након усвајања спорног Закона о слободи вјероисповијести и правном положају вјерских заједница потврђује истинитост професорових закључака.

Закључак

Као и сваки идентитет, и уставни идентитет држава обухвата континуитет и индивидуалност, а религија је значајан чинилац у његовом креирању и одржавању. У савременој, најчешће верски неутралној, па и уставно секуларној држави, у којој се уставни идентитет схвата као неповредиво језгро садржине устава и у свом најапстрактнијем виду своди на владавину права и политички поредак демократије заснован на грађанској суверености, из основних, неповредивих и неотуђивих права човека, у које спада и слобода вероисповести, следи аутономија Цркве и њено право на самоодређење. Аутономија Црква и верских заједница постоји у свим могућим видовима односа између њих и државе и представља посебну уставну категорију. То је по себи разумљиво, јер устав представља онтолошко јединство државе, друштва и правног поретка. Из аутономије Црква и верских заједница и њиховог права на самоодређење, у првом реду верског самоодређења и саморазумевања, следи и дужност државе да призна Цркве и верске

заједнице. Но такво признање, које је по својој природи правно, не састоји се у признавању онтолошког већ правног реалитета и не своди се само на поштовање аутономије Цркава и верских заједница у оквиру њихових властитих послова, већ је по својој природи знатно шире, и обухвата могућност, макар кроз балансирање различитих права и интереса, да Црква, посредством тог самоодређења, утиче на утврђивање природе и степена своје институционалне интеракције са ширим друштвом. Због тога се с правом може истаћи да је дужност државе да призна Цркве и верске заједнице као правне реалитете који имају право на уређивање и управљање властитим пословима као и могућност утицаја на утврђивање природе и степена своје институционалне интеракције са ширим друштвом, услов поретка слободе и да је у функцији владавине права. Наиме, ако је владавина права метаправни идеал и ако се под њом подразумева владавина права онаквим какво би оно требало да буде, онда је јасно да њену срж, а тиме и уставни идентитет сваке државе, чини правда која, између осталог, омогућава истинску кооперацију уставне државе и Цркава и верских заједница и остваривање и заштиту њиховог идентитета, како верског, тако и оног институционално-правног, заснованог на њиховој аутономији. О томе је у домаћој науци први писао проф. Шијаковић, чији је рад инспирисао овај скромни допринос Зборнику у његову част.

Литература

- Аврамовић С., Црква и држава у савременом праву, Прилози настанку државно-црквеног права у Србији, Београд 2007.
- Аристотел, Политика, Бигз, Београд 2003.
- Димитријевић В., Пауновић М., Људска права, Београд, 1997.
- Ђурић В., Религија и уставни идентитет, Зборник радова са међународне научне конференције одржане на Факултету политичких наука у Београду поводом десетогодишњице издавања часописа Политикологија религије, Центар за проучавање религије и верску толеранцију Универзитет у Београду – Факултет политичких наука, Београд, 2017.
- Јовановић С., Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1995.
- Митровић Д., Аутономија као појам и облик, О смислу, врстама и домаћим аутономијама, Анали Правног факултета у Београду, вол.51/3-4/2003.
- Мурдок Ц., Слобода мисли, савести и вероисповести, Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима, Београд 2008.
- Николић П., Уставно право, Београд 1994.
- Перић Д., Црквено право, Београд 2006.
- Радуловић М., Обнова српског државно-црквеног права, Београд 2009.
- Стојановић Д., Уставно право књ.1. Свен, Ниш 2003.
- Шијаковић Б., Дужност државе да призна Цркву и њено право на самоодређење, Зборник радова са Међународног научног скупа „Правни положај цркава и вјеских заједница у Црној Гори данас“ одржаног у Бару 23-25.маја 2008, Никшић, 2009.
- Beller M., Leerssen J., Imagology: The Cultural Construction And Literary Representation Of National Characters: A Critical Survey, Rodopi Publishers, Amsterdam/New York, 2007.
- Bloß L., European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process, Jean Monnet Working Paper 13/03

- Campenhausen A.F., Church Autonomy in Germany, in G.Robbers (ed.), Church Autonomy : A Comparative Survey, 2001.
- Campenhausen A. V., De Wall H., Staatskirchenrecht, 2006.
- Durham C., The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View, in G.Robbers (ed.), Church Autonomy: A Comparative Survey, 2001.
- Garet R.R., Three Concepts of Church Autonomy, Brigham Young University Law Review, 12/1/2004
- Hesse K., Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland I, Berlin, 1994.
- Hollerbach A., Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland I, Berlin, 1994.
- Hollerbach A., Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II), Archiv des öffentlichen Rechts 106/1981
- Jacobsohn J.G., Constitutional Identity, The Review of Politics, Vol.68/2006
- Korioth S., Augsburg I, Religion and Secular State in Germany, Religion and the Secular State, Interim National Reports issued for the occasion of The XVIIIth International Congress of Comparative Law, Washington, 2010.
- Leerssen J., National Thought in Europe. A Cultural History, Amsterdam 2006.
- Robbers G., Religious Freedom in Germany, Brigham Young University Law Review, 25/2001
- Robbers G., State and Church in Germany, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005.
- Robbers G., Legal Aspects of Religious Freedom, Opening Lecture, International Conference Legal Aspects of Religious Freedom, Ljubljana, 2008.
- Schmitt C., Constitutional Theory, Durham and London, 2008.

Vladimir Đurić

Constitutional identity and Church identity. Obligation of the constitutional state to recognize the church as a condition for the order of freedom and the rule of law

Abstract: In this paper, the author analyzes the relationship between the constitutional identity of the state and the identity of churches and religious communities. The conclusion is that from the constitutional identity as an inviolable core of the constitution follows the obligation of the state to recognize the legal identity of the church which derives from its religious identity and autonomy based on freedom of religion. The paper especially considers the contribution of Prof. Šijačić to the understanding of the relationship between the state and the church.

Keywords: constitutional identity, church identity, autonomy, self-determination, duty to recognize the church